

San Miguel, uno de junio de dos mil veintidós.

Vistos y considerando:

Primero: Que se han alzado en contra de la sentencia de 16 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de Letras de Peñaflor, en causa Rol C-2444-2018, que acogió parcialmente demanda de indemnización de perjuicios, tanto los actores como las demandadas, quienes hicieron valer sendos recursos de casación en la forma y apelación.

Mediante resolución de 9 de febrero de 2022, el recurso de casación del demandante fue declarado admisible solo por la causal del artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, mientras que el interpuesto por las demandadas, fue declarado inadmisibile.

I.-_En cuanto al recurso de casación en la forma interpuesto por la demandante.

Segundo: Que la citada parte invoca la causal de abrogación del numeral 7 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil N°7, esto es: *“En contener decisiones contradictorias;”* el que sustenta en el hecho de que pese a haberse tenido por establecida la existencia de un vicio o defecto de construcción y por ende el daño, el tribunal omite otorgar una indemnización por ello, aduciendo que no se acreditaron montos particulares, pese a que el artículo 51 N°2 de la Ley 19.496, en este tipo de procesos, establece de manera perentoria que bastará en la demanda señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, es decir, a la luz de la prueba rendida, la sentencia debió haber decretado la indemnización sobre esa base, siendo irrelevante que la demanda no haya señalado monto alguno acerca del daño preciso de cada unidad habitacional de los demandantes, sin soslayar que la prueba da cuenta del monto de estos daños con cifras. Ei vicio ha influido, según indica, decisivamente, en lo dispositivo del fallo, debido a que, de no haber incurrido en él, se habría accedido a la demanda de autos en todas sus partes. Pide, en consecuencia se case el fallo, revocándolo y se dicte sentencia sustitutiva en su lugar con arreglo a la ley, accediendo a acoger la demanda de autos en todas sus partes por estar suficientemente acreditados los hechos fundantes de autos, la responsabilidad de la demandada y el daño pedido, con costas de la contraria.

Tercero: Que para que existan decisiones contradictorias es necesario que las resoluciones contenidas en la sentencia sean incompatibles entre sí, de manera que no sea posible cumplirlas, porque se contradicen o no se pueden obedecer simultáneamente ambas, a causa de

XRPKZRKEXT

que el incumplimiento de una se opone a la otra, lo que nos lleva a concluir que esta figura debe producirse en lo resolutivo de la sentencia.

Cuarto: Que según consta del mérito de autos, los actores demandaron por fallas en la construcción de un conjunto habitacional, requiriendo el pago de determinadas indemnizaciones. Conforme a ello el tribunal, acogió en parte la demanda, accediendo a conceder aquella solicitada por concepto de daño moral y desestimó las restantes, en atención a los fundamentos que en la sentencia se esgrimen y que tienen que ver esencialmente con razones de falta de acreditación o prueba de las partidas demandadas e indefinición de aquello requerido. Es así entonces que no se configura la causal, toda vez que lo decidido por el tribunal en cuanto a acoger parcialmente la demanda, nada tiene que ver con el reproche que enarbola, decisión que resulta propia del análisis valorativo que debe hacer el sentenciador, guardando por tanto concordancia las decisiones, con los fundamentos expresados en el fallo. La discrepancia por tanto tiene que ver con la interpretación o aplicación de determinadas normas mas no con la decisión alcanzada.

Quinto: Que por lo señalado precedentemente, el presente recurso será desestimado.

II.- En lo que respecta a los recursos de apelación formulados por las partes.

Sexto: Que en este tipo de asuntos la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, de modo que la valoración de ella se aparta de los parámetros de la prueba reglada y tasada del Código de Procedimiento Civil, dando en este aspecto una mayor amplitud al sentenciador para apreciar toda aquella que más le parezca se ajuste a la verdad, dando los debidos fundamentos que lo llevan a la convicción, ya sea por su multiplicidad, temporalidad, credibilidad etc...

Séptimo: Que, en cuanto a la falta de legitimidad activa, siendo propio de la procedencia de la acción, por tratarse de una sede especial referida a la Ley de Protección al Consumidor, bastaba se acreditara la calidad de primer comprador y primer vendedor, y si bien ello aparece cuestionado por la demandada en esta etapa procesal toda vez que nada de ello se planteó ante el Tribunal a quo, el tribunal analizó la pertinencia de la acción expresando latamente las razones de la legitimidad de la misma en relación a los actores y a las demandadas, dejando además expresamente establecido en el basamento undécimo que no se controvierte que los demandantes tengan la calidad de propietarios, lo cual



además se acredita por los certificados emanados del Conservador respecto de los actores de este juicio, tal como se detalla en la sentencia y que consta de los documentos que le sirven de sustento a la referida afirmación y con las constancias en las escrituras que hacen referencia a los permisos de edificación de los proyectos de los cuales los inmuebles forman parte.

Octavo: Que en lo que respecta al origen de las termitas, si bien tal como lo indica la sentencia no es posible establecer la fecha exacta o cierta de la llegada de dicha plaga al conjunto de viviendas, tampoco resulta propio discutir la existencia de ellas, tal como dan cuenta los informes estandarizados de las empresas especializadas, esto es, Orkin y Termiblack efectuados en los meses de junio y julio de 2018, que en mayor o menor grado detectan la presencia y movimiento de tales insectos en catorce de las propiedades que se individualizan en el basamento vigésimo segundo, lo que no es desmentido por la prueba aportada por las demandadas, las que ante estos eventos, procedieron a requerir la intervención de la empresa “Rentokill Initial”, la que implementó en los términos, plazos y condiciones de las disposiciones contenidas en el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, un plan quinquenal, y renovable destinado al control y erradicación de la plaga, para lo cual instaló a partir del 20 de junio de 2018, un programa de monitoreo de termitas subterráneas en el conjunto residencial con un total de 303 estaciones Sentricon en áreas comunes y 40 Testigos Celulósicos en perímetros externos, entregando cobertura para monitorización de totalidad de los terrenos, las que se fueron revisando mes a mes, control que arrojó como resultado, conforme a informe técnico de 27 de noviembre de 2019, es decir habiendo transcurrido casi un año y medio desde el inicio de la intervención, que en el mes de julio de 2018, se instalaron 32 dispositivos de monitoreo a vivienda Jorge Montt 496, entregando cobertura tanto en bordes de estructura como bordes de terreno no obstante indicarse que no se observan nuevos signos de actividad. Las estaciones son monitoreadas mensualmente, detectándose en el mes de diciembre de 2018 actividad en la vivienda de Jorge Montt 504, lo que hizo que se instalaran 12 dispositivos de monitoreo entregando cobertura tanto en bordes de estructura como bordes de terreno. En enero de 2019 se realiza inspección y monitoreo de dispositivos y de monitoreo a las viviendas de Jorge Montt 496 y 520, sin que se observaran en ellas signos de actividad, por el contrario, en la vivienda de Jorge Montt 504, se observa signos de actividad, conexión y consumo en estaciones instaladas, actividad

que a febrero de 2019 aún continuaba. En abril de ese mismo año se detecta actividad en Jorge Montt 624, y se procede a entregar cobertura para monitoreo en terreno colindante a condominio, se instalan un total de 36 estacas y 13 estaciones de piso. Las viviendas reseñadas anteriormente ya ninguna presentaba actividad. En junio de 2019, se realizan dos inspecciones sin reportar actividad, salvo en la vivienda de Jorge Montt 624, en una estación del patio exterior de la vivienda. En las inspecciones siguientes de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2019 ya no existe actividad en ninguna de estas viviendas, y debido a ello, conforme los protocolos que se aplican en estos casos, y ante esta ausencia de actividad de tales insectos en el condominio, a partir del 2020 los monitoreos se realizarán cada 3 meses.

Noveno: Que los diecisiete demandantes son o eran habitantes de un grupo habitacional, en un mismo conjunto de viviendas, por lo tanto, con relativa cercanía entre ellas, todas construidas en la misma época y todas adquiridas en pocos años. Eso, unido a que si bien no resultó posible determinar el momento exacto en que llegaron las termitas, no puede obviarse la conducta de la demandada, la que frente a este problema evidenciado por los compradores, asumió el costo de contratar a la empresa ya mencionada para erradicar la plaga, lo cual permite concluir que dichos insectos se encontraban presentes al momento de la construcción o al momento de la entrega, o muy poco después de recepcionadas las viviendas por sus compradores. En todo caso, si bien hay casas de los demandantes que fueron recibidas en el año 2015 y otras en el año 2017, en todas ellas se detectó la presencia de termitas, de lo que se sigue, que o se encontraban en todo el terreno en donde se emplazaban las viviendas o se desplazaron de un lugar al resto de ellas y si bien la empresa se excusa, alegando de que hizo un estudio de suelos, ellos están enfocados a la estratigrafía, es decir, a la geología de los estratos que componen el suelo y su estabilidad, sin que de ellos se constate que se haya acompañado un certificado de exterminio y control de plagas que permita suponer que junto con el estudio de suelos en el sentido ya indicado, se hubiere analizado la eventual existencia de estos insectos.

Décimo: Que en torno a la alegación del demandante acerca de que el tribunal de primera instancia debió haber considerado el daño emergente y futuro que todavía no se ha producido, pero que ciertamente existirá, derivado del incumplimiento de la demandada en la mala calidad o defectos constructivos, se comparte el razonamiento de la sentenciadora toda vez

XRPKZRRKEXT

que ninguna prueba se aportó en orden a los gastos en que los actores habrían incurrido, y en cuanto a la eventualidad de los futuros, tampoco se advierte su concurrencia en la medida que la empresa ha asumido el control de la plaga por el lapso de 5 años renovables según sean las condiciones.

Undécimo: Que acerca del lucro cesante, es decir la ganancia futura que se reclama, lo único que obra en autos son tasaciones sobre posibles pérdidas de valor de los inmuebles con ocasión de la existencia de termitas, las que no son indiciarias de una hipótesis de ganancia futura.

En torno a tales documentos cabe además indicar que los mismos tampoco sirven para demostrar una eventual pérdida de valor de los inmuebles en particular, porque ninguna estimación contempla la situación propia de cada construcción, sino que se limita a señalar en forma estándar un porcentaje de pérdida similar para todos, lo cual no resulta atendible dado que no existe tampoco un análisis propio de cada vivienda, ni de los eventuales daños que pudieren haber sufrido en particular, o la inexistencia de los mismos.

Duodécimo: Que en cuanto al daño moral, es innegable que bajo estas características todos los demandantes tuvieron que verse enfrentados a la eventualidad de tener termitas en su casa, pero el daño moral entendido como la aflicción, el agobio que selló el malestar, no puede ser presumido, sino que tiene que ser probado. En este sentido si bien el actor reclama que determinado el daño tiene que ser regulado para la totalidad de los demandantes, no debe perderse de vista que el artículo 19 de la Ley General de Urbanismo, que rige en este caso refiere que: “Las indemnizaciones podrán extenderse al lucro cesante y al daño moral. Tanto éste como la especie y monto de los perjuicios adicionales sufridos individualmente por cada demandante serán determinados de acuerdo a lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 54 C de la ley N° 19.496. Mientras se sustancia el juicio quedará suspendido el plazo para demandar este daño.”

A su vez este último artículo indicado prescribe en lo pertinente: “Dentro del mismo plazo, los interesados podrán hacer reserva de sus derechos, para perseguir la responsabilidad civil derivada de la infracción en un juicio distinto, sin que sea posible discutir la existencia de la infracción ya declarada. Esta presentación deberá contar con patrocinio de abogado. En este juicio, la sentencia dictada conforme al artículo 53 C producirá plena prueba respecto de la existencia de la infracción y del derecho del



demandante a la indemnización de perjuicios, limitándose el nuevo a la determinación del monto de los mismos.

Quién ejerza sus derechos conforme al inciso primero de este artículo, no tendrá derecho a iniciar otra acción basada en los mismos hechos. Del mismo modo, quienes no efectúen la reserva de derechos a que se refiere el inciso anterior, no tendrán derecho a iniciar otra acción basada en los mismos hechos.”

Décimo tercero: Que entonces, la norma base refiere al daño moral individual sufrido por cada uno de los demandantes, lo cual por tanto no inhibe la prueba en cuanto a la existencia del mismo. En este sentido sin embargo, por su fisonomía las exigencias probatorias deben ser más laxas que respecto al daño material, cobrando especial relevancia para estos fines la prueba de presunciones y la pericial. En este sentido cabe advertir que como sostiene la profesora Carmen Domínguez Hidalgo sobre el punto: "Estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma -física o psíquica-, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales". Y agrega: "En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo". (En "El Daño Moral", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 83 y 84).

Décimo cuarto: Que sobre ello entonces cabe destacar, que los que rindieron prueba en torno a afecciones psicológicas que sufrieron, fueron los demandantes, Alejandro Vergara Solar, Andrés Riquelme Riquelme, Maritza Franco Troncoso, Nelson Insulza, Gabriel Sandoval Parada, Graciela Ester Ruiz Araya, Eduardo Márquez García, Patricia Navarrete Rojas y Walter Espejo Cancino. Respecto del resto de los actores, que no aportaron esta prueba, si se agregaron otras que son indiciarias, acerca de la ocurrencia del mismo, y que se encuentran latamente detalladas por la jueza del a quo, representativas de los sinsabores y el natural desgaste emocional que han debido soportar como comunidad desde la aparición de la plaga y que ha significado tener que abocarse a procurar a través de la empresa demandada los mecanismos para su detección y exterminio, debiendo dejar sus casas para las fumigaciones e instalación de los cebos, unido al cuidado diario de tener que seguir instrucciones estrictas de

comportamiento a fin de evitar su reaparición, en casas nuevas destinadas a la habitación.

Ello es plenamente concordante con la circunstancia de que la indemnización del daño moral apunta a procurar un equilibrio, una compensación, dándole a quien lo sufre una posible satisfacción que ponga al alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la pérdida sentida, con miras a restablecer el equilibrio roto, (*pretium doloris*), indemnización que en el monto regulado por la sentenciadora aparece acorde con el fin perseguido, conforme el mérito de las pruebas rendidas.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

I.- Se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto por la demandante.

II.- Se confirma la sentencia apelada de dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno, dictada en los autos Rol C-2444-2018, del Juzgado de Letras de Peñaflor, con declaración de que la empresa demandada, tal como se obligó, deberá mantener la prestación del servicio de control y exterminio de las termitas a través de una empresa especializada en ello, por cinco años desde que se inició el control, renovable por similar período.

Regístrese y devuélvase.

Redacción Ministro (s), Carmen Gloria Escanilla Pérez.

N° 53-2022-CIV (acumulada 54-2022-civ).

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, integrada por las Ministras integrada por las Ministras señora Adriana Sottovia Giménez, señora M. Alejandra Pizarro Soto y señora Carmen Gloria Escanilla Pérez. Se deja constancia que no firman las ministras señoras Sottovia Giménez y Pizarro Soto, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y posterior acuerdo del fallo, por estar ausente.



Proveído por la Presidenta de la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

En San Miguel, a uno de junio de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

